ROYAUME DE BELGIQUE

_ _ _ _ _ _ _ _ _ _

AVIS 36.615/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

_ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre des Finances, le 18 février 2004, d'une demande d'avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un avant-projet de loi "relative à certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement", a donné le 23 février 2004 l'avis suivant :

Suivant l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, inséré par la loi du 4 août 1996, et remplacé par la loi du 2 avril 2003, la demande d'avis doit spécialement indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

La lettre s'exprime en ces termes :

"L'urgence est motivée par le fait

- dat Richtlijn 2001/107/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 januari 2002 tot wijziging van Richtlijn 85/611/EEG van de Raad tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) met het oog op de reglementering van beheermaatschappijen en vereenvoudigde prospectussen, en Richtlijn 2001/108/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 januari 2002 tot wijziging van Richtlijn 85/611/EEG van de Raad tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's), betreffende beleggingen van icbe's, uiterlijk 13 februari 2004 dienen te zijn omgezet;

- dat het thans geldende wettelijk kader voor de instellingen voor collectieve belegging naar Belgisch recht onverwijld dient te worden aangepast zodat deze instellingen in aanmerking kunnen komen voor een wederzijdse erkenning van hun vergunning door de andere Lidstaten onder de in de voornoemde richtlijnen vastgelegde voorwaarden en teneinde hun concurrentiële positie op de Belgische markt te vrijwaren;

- dat dit eveneens geldt voor de beheervennootschappen van instellingen voor collectieve belegging waarvoor een statuut en een toezichtsregeling dienen te worden uitgewerkt".

Cette motivation ne prête guère à discussion, au moins dans la mesure où l'avant-projet vise à transposer dans l'ordre interne des directives dont le délai de transposition était déjà expiré au moment où le Conseil d'État a été saisi de la demande d'avis. Compte tenu du nombre important d'affaires dont est saisie la section de législation [(1)], des délais qui lui sont imposés, ainsi que du nombre d'avis donnés pendant le délai octroyé pour l'examen du présent avant-projet [(2)], il n'en reste pas moins qu'en lui soumettant ainsi in extremis un texte législatif d'une telle ampleur (243 articles), l'auteur de l'avant-projet la contraint de facto à se limiter à un examen nécessairement superficiel des innombrables règles qu'il comporte.

---

(1) La IIe chambre de législation est actuellement saisie de 45 demandes d'avis dont 2 dans un délai de 5 jours et 37 dans un délai d'un mois. L'ensemble de la section de législation est saisie de 149 demandes d'avis dont 9 dans un délai de 5 jours et 118 dans un délai de 30 jours.

(2) - 11 avis donnés par la IIe chambre;
- 56 avis donnés par l'ensemble de la section de législation.

C'est ainsi que le délai insuffisant qui lui est imparti pour s'assurer, notamment, de la correction de la transposition des directives précitées contraint à en privilégier le contrôle a posteriori par la Commission et la Cour de Justice, encore que pareille modalité de contrôle nuise à la sécurité juridique indissociable de l'impératif de prévisibilité que recherchent les agents économiques.

*
* *

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations ci-après.

Observations générales

1. L'article 1er de l'avant-projet fait référence à l'article 78 de la Constitution. Or, diverses dispositions de l'avant-projet (voir, notamment, les articles 27, § 2, 92, § 7, 159, §§ 5 et 7 et 197, § 8) ont trait à la compétence du tribunal de commerce ou de son président. Comme l'a rappelé la section de législation du Conseil d'État à diverses reprises (3), la compétence des cours et tribunaux constitue une matière visée à l'article 77, alinéa 1er, 9°, de la Constitution. En application du système bicaméral intégral (article 77 de la Constitution), ces dispositions doivent faire l'objet d'un projet de loi distinct.

(3) Voir, notamment, l'avis 33.213/1, donné le 30 mai 2002 sur un avant-projet de loi relative aux implantations commerciales (Doc. parl., Chambre, session 2002-2003, n° 2172/1) et l'avis 33.285/1, donné le 2 mai 2002 sur un avant-projet de loi devenu la loi du 16 janvier 2003 portant création d'une Banque-carrefour des Entreprises, modernisation du registre de commerce, création des guichets d'entreprises agrées et portant diverses dispositions (Doc. parl., Chambre, session 2002-2003, n° 2058/1).Comme le rappellent ces avis, il vaut également mieux compléter l'avant-projet par une ou plusieurs dispositions modifiant les articles du Code judiciaire qui énumèrent les compétences du tribunal de commerce.

Il en va de même, en application de l'article 77, alinéa 1er, 8°, de la Constitution, des dispositions de l'avant-projet qui étendent, à l'égard des décisions prises par la Commission bancaire, financière et des assurances, le recours devant le Conseil d'État en application de l'article 122 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers. Étant donné que ce projet distinct modifie la compétence du Conseil d'État, il conviendrait qu'il soit présenté et signé également par le Ministre de l'Intérieur.

2. La déléguée du ministre a été invitée à établir un tableau de correspondance entre les dispositions de l'avant-projet et celles des normes européennes transposées, afin que le Conseil d'État puisse examiner l'avant-projet et que les Chambres législatives puissent se prononcer en connaissance de cause sur le choix des moyens que le Gouvernement leur propose de mettre en oeuvre et éviter que l'exercice du droit d'amendement prévu par l'article 76 de la Constitution excède les limites du pouvoir d'appréciation que le droit européen reconnaît aux États membres. Ce tableau, qui a été communiqué au Conseil d'État le vendredi 20 février, est joint au présent avis.

Ce document se compose, pour l'essentiel de deux tableaux (nos 1 et 4), censés montrer, dans un sens puis dans l'autre, la façon dont le texte proposé réalise la transposition des récentes directives communautaires sur les organismes de placement collectif en valeurs mobilières. Il doit être revu car, sous leur forme actuelle, ces tableaux ne se recoupent pas en tous points (4) et contiennent un certain nombre d'erreurs. À titre d'exemples :

- l'article 4, § 3, alinéas 2 et 3, de la directive - consolidée - 85/611/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) n'est pas transposé par l'article 48 de l'avant-projet;

(4) Selon le tableau n° 1, l'article 13*bis*, § 4, de la directive serait transposé par les articles 89 et 90 de l'avant-projet, alors que, selon le tableau n° 4, cette transposition serait réalisée par les articles 89 à 96; selon le tableau n° 1, l'article 5, §§ 1er, 2 et 3 serait transposé par les articles 140, alinéas 2 et 3, et 3, 9° et 10°, alors que, selon le tableau n° 4, cette transposition serait opérée par les articles 140, alinéas 1 et 2, et 141).

- l'article 5*quinquies*, § 1er, de la directive n'est pas transposé par l'article 197 de l'avant-projet.

En outre, certains articles de cette même directive n'apparaissent dans aucun tableau de correspondance; il en va par exemple ainsi de l'article 1er, § 5 (5).

Enfin, les tableaux ne correspondent pas toujours aux explications fournies dans l'exposé des motifs; il en va ainsi des articles 50 et 158 de l'avant-projet.

3. Les mêmes tableaux font apparaître, à d'autres endroits, une transposition insuffisante ou incomplète de dispositions de la directive (à moins que dans certains cas cette transposition soit achevée par d'autres dispositions de l'avant-projet, ce que le délai extrêmement bref imparti au Conseil d'État ne lui a pas permis de vérifier de façon systématique).

Ainsi :

- le seul article 33 ne suffit pas à transposer l'article 4, § 3, alinéa 1er, de la directive, qui renvoie à toutes les conditions énoncées en ses sections III et IV;

- l'article 50 ne traduit pas adéquatement l'article 10 de la directive en omettant de déclarer que les fonctions de société de gestion et de dépositaire ne peuvent être exercées par les mêmes personnes;

- l'article 140, alinéas 1er et 3, 9°, n'expriment pas complètement l'idée énoncée à l'article 5, § 2, de la directive;

- l'article 155 ne reprend pas l'idée du "contrôle continu" énoncée à l'article 5*bis*, § 2 de la directive;

(5) Cet article est cependant transposé par l'article 63 de l'avant-projet.

- les articles 190 et 197 ne reprennent pas la cause de radiation de l'agrément prévue à l'article 5*bis*, § 5, b, consistant en la révélation de "fausses déclarations" faites à l'autorité de contrôle;

- l'article 186 ne précise pas que le contrôle exercé par l'autorité du pays d'origine s'étend aux activités de la société de gestion à l'étranger, comme l'énonce l'article 5*quinquies*, § 2, de la directive.

4. Sous réserve de dispositions réglementaires déjà existantes et qui trouveraient leur fondement légal dans une ou plusieurs dispositions de l'avant-projet, la transposition ne sera, en tout cas, complète qu'après l'adoption des différents arrêtés royaux ou règlements auxquels renvoie une série de dispositions de l'avant-projet.

Tel est notamment le cas des articles 3, 15° (notion de fonds propres), 3, 16° (notion de "liens étroits" et notions apparentées) , 3, 17°, où la référence à l'article 185 est en tout cas erronée, 48 (désignation d'un dépositaire), 56 (prospectus), 65 et 67 (placements autorisés), 76, § 3 (contenu et délai de publication du rapport) et 158 (capital minimum).

Il en va particulièrement ainsi de la directive 2001/108/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 janvier 2002 modifiant la directive 85/11/CEE du Conseil portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), en ce qui concerne les placements des OPCVM. L'article 2 de l'avant-projet prévoit, en effet, expressément qu'elle n'est que partiellement transposée.

La même observation vaut pour l'article 203 de l'avant-projet.

5. En principe, la transposition n'est pas correctement réalisée lorsque l'avant-projet se borne à renvoyer aux dispositions d'une directive sans les reproduire, comme par exemple, l'article 7, 1°, - qui ne fait référence à aucune disposition précise - et les articles 146 et 160.

6. S'agissant de dispositions relatives aux recours ouverts contre les décisions de la Commission bancaire, financière et des assurances, il convient de viser de manière précise les articles de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, auxquels il est renvoyé dans diverses dispositions de l'avant-projet (articles 94, 176, § 2 et § 3, 198 et 199). Le passage de l'exposé des motifs consacré aux commentaires des articles 28 à 32 fait à cet égard expressément état de ce que "les décisions de la CBFA en matière d'inscription sont susceptibles de recours conformément à l'article 122, de la loi du 2 août 2002 complétant, en ce qui concerne les voies de recours contre les décisions prises par le ministre, par la CBF, par l'OCA et par les entreprises de marché et en ce qui concerne l'intervention de la CBF et de l'OCA devant les juridictions répressives, la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers et modifiant diverses autres dispositions légales". L'indication de voies de recours spécifiques soumises à des règles de procédure particulières, de même que des diverses décisions qui peuvent en faire l'objet - notamment en ce qui concerne également les astreintes et amendes administratives (articles 90, 91, 96 et 202) - doit faire l'objet de dispositions expresses et non équivoques. Tel n'est pas le cas de diverses dispositions de l'avant-projet [(6)]. L'avant-projet ou l'article 122 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers doivent donc être complétés sur ce point [(7)].

---

(6) Ainsi :
- l'article 62 prévoit, sans plus, la possibilité d'introduire "un recours" contre diverses décisions de refus de la CBFA.
- l'article 94 prévoit que la CBFA tient les autorités de contrôle des organismes de placement collectif des autres État membres de l'Espace économique européen informées "des suites données au recours pris contre ces décisions conformément aux articles ... de la loi du 2 août 2002". L'avant-projet ne semble cependant pas comporter de dispositions prévoyant expressément le recours en question.
- il en va de même en ce qui concerne l'article 176, § 2, de l'avant-projet, qui se limite à viser une opposition "réformée conformément à l'article 122, ... de la loi du 2 août 2002" et de l'article 176, § 3, de l'avant-projet, qui prévoit l'obligation faite à la CBFA, de communiquer à la Commission des Communautés européennes "le nombre et les motifs des décisions définitives d'opposition prévues à l'article 169, alinéa 3 et à l'article 122, ... de la loi du 2 août 2002".

(7) En ce qui concerne l'organisation des voies de recours juridictionnelles et l'intervention de CBFA devant la juridiction répressive (voir l'article 210, § 2, de l'avant-projet), voir également l'avis 33.239/2 donné le 2 mai 2002 sur un avant-projet devenu la loi du 2 août 2002 complétant, en ce qui concerne les voies de recours contre les décisions prises par le ministre, par la CBF, par l'OCA et par les entreprises de marché et en ce qui concerne l'intervention de la CBF et de l'OCA devant les juridictions répressives, la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers et modifiant diverses autres dispositions légales (Doc. parl. Chambre, 2001-2002, 50- 1843/1).

7. Selon l'article 3, 30°, de l'avant-projet,

"Pour l'application de la présente loi et des arrêtés et règlements pris pour son exécution, l'on entend : (...) par le Roi : le ministre des Finances."

Une telle précision doit être omise. Selon l'article 37 de la Constitution, c'est, en effet, au Roi qu'appartient le pouvoir exécutif fédéral, tel qu'il est réglé par la Constitution. Les articles 105 et 108 de la Constitution attribuent le pouvoir d'exécution des lois au Roi et non à ses ministres. La substitution du ministre des Finances au Roi pour la mise en oeuvre des nombreuses habilitations que l'avant-projet de loi Lui confère serait du reste d'autant moins admissible que, considérés dans leur ensemble, les pouvoirs ainsi délégués au Roi, voire à la Commission bancaire, financière et des assurances, sont particulièrement étendus [8]. L'avis de l'inspecteur des finances relève à ce sujet :

"De Inspectie van Financiën stelt vast dat heel wat vergaande machtigingen worden verleend aan de Koning en aan de Commissie voor het Bank-, Financië- en Assurantiewezen (CBFA). Bovendien dienen de koninklijke besluiten niet in Ministerraad te worden overlegd. Bij gebrek aan memorie van toelichting is niet steeds duidelijk welke de draagwijdte kan zijn van deze machtigingen.

Ter illustratie worden hierna enkele voorbeelden gegeven.

- Delegatie aan de Koning

Artikel 66, § 3

Dit artikel machtigt de Koning om voor sommige categorieën van toegelaten beleggingen uitzonderingen te voorzien op de §§ 1 en 2 van artikel 66, die verplichtingen en verbodsbepalingen bevatten.

Artikel 67, tweede lid

Dit artikel voorziet dat de Koning de bepalingen kan aanpassen van artikel 26 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten, dat de gedragsregels bepaalt die de financiële tussenpersonen moeten naleven bij het verstrekken van beleggingsdiensten of het uitvoeren van verrichtingen in financiële instrumenten.

---

[8] Voir, à titre d'exemples, les articles 203 et 204 de l'avant-projet.

Artikel 109 en 123

Deze artikelen machtigen de Koning om, gelet op de categorie van toegelaten beleggingen, de toepassing van de artikelen 77 tot 93 van het wetsontwerp uit te breiden tot de institutionele instellingen voor collectieve belegging met een veranderlijk en een vast aantal rechten van deelneming alsook tot de private instelling voor collectieve belegging met een veranderlijk en een vast aantal rechten van deelneming.

Artikel 122, § 2, 5de lid

De Koning wordt gemachtigd om zonder meer uitzonderingen te voorzien op het eerste tot het vierde lid dewelke betrekking hebben op de bedrijfsuitoefening.

- Delegatie aan het CBFA

Artikel 69

Volgens dit artikel kan de CBFA in individuele gevallen en mits bekendmaking afwijkingen verlenen op de bepalingen van de artikelen 67 (zie hoger) en 68 van het ontwerp in functie van activiteiten of de positie van de instelling.

Artikel 68 van het ontwerp bepaalt dat de instelling voor collectieve belegging artikel 27 van de voormelde wet van 2 augustus 2002 moet naleven. Dit artikel 27 stelt dat de gekwalificeerde tussenpersonen die in België zijn gevestigd, een interne gedragscode vaststellen en binnen hun organisatie een persoon of een comité aanduiden dat verantwoordelijk is op het gebied van de deontologie.

Artikel 134, tweede en derde lid

Met goedkeuring van de Minister van Financiën mag de CBFA met de toezicht houdende autoriteiten van de Staat van herkomst van de beleggingsinstellingen, overeenkomen welke verplichtingen en verbodsbepalingen gelden, hoe het toezicht wordt opgevat en uitgeoefend en op welke wijze de samenwerking en de informatie-uitwisseling worden georganiseerd.

Volgens het tweede lid mogen de overeenkomsten afwijken van de bepalingen van Boek III van Deel II van het ontwerp. Bovendien mogen deze overeenkomsten vrijstelling verlenen van de toepassing van bepaalde voorschriften van voormeld Boek en van de ter uitvoering ervan genomen besluiten en reglementen.

Deze uitzondering is blijkbaar reeds voorzien in artikel 142decies van de wet van 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten.

Artikel 80, § 1, 3de lid

Wat de commissarissen aangesteld bij een gemeenschappelijk beleggingsfonds betreft, mogen de besluiten of reglementen die ter uitvoering van het wetsontwerp worden genomen, afwijken van de bepalingen van het Wetboek van vennootschappen met betrekking tot de benoeming, de bezoldiging, het ontslag, de herroeping en de bevoegdheden van de commissarissen.

Volgens ingewonnen inlichtingen is het vooral de bedoeling om flexibel te kunnen inspelen op de snel evoluerende sector.

De Inspectie van Financiën is van mening dat de draagwijdte van de machtigingen in de wet nauwkeurig dient te worden gedefinieerd en dat de machtigingen in de memorie van toelichting zeer duidelijk dienen te worden verantwoord."

La déléguée du ministre a été invitée à faire connaître par écrit les suites qui auraient été réservées à cet avis, ou les raisons pour lesquelles il n'en aurait pas été tenu compte, mais ces observations n'avaient pas encore été communiquées au moment de la rédaction du présent avis.

8. Enfin, sur le plan de la cohérence interne, le texte laisse à désirer.

Ainsi, l'avant-projet prévoit la désignation de commissaires tant au sein du fonds commun de placement que de la société de gestion de celui-ci, sans préciser en aucune façon les relations qui s'établissent entre eux, ni leur responsabilité respective, alors que l'objet de leur contrôle paraît se recouvrir nécessairement, en fait, dans une large mesure.

9. En ce qui concerne les rémunérations visées à l'avant-projet, notamment celles à verser à la CBFA par les organismes de placement collectif et les sociétés de gestion visés par l'avant-projet, "en couverture des frais de contrôle", que le Roi serait habilité à déterminer [9], il est renvoyé à l'observation générale V de l'avis 33.182/2, donné le 29 avril 2002, sur un avant-projet devenu la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers [10] :

> "V. Le financement, par les entreprises contrôlées, des frais de fonctionnement de la Commission bancaire et financière et de l'Office de contrôle des assurances.
>
> L'article 19, 1°, de l'avant-projet de loi habilite le Roi à «définir la redevance» à payer à la CBF pour l'analyse du dossier de demande d'agrément. L'article 37 habilite également le Roi à «déterminer la rémunération» à verser à la CBF en vue de couvrir les frais de contrôle.
>
> Ces deux dispositions doivent être examinées à la lumière des articles 170 et 173 de la Constitution.
>
> C'est ainsi que lorsque le législateur crée un impôt, la loi doit, conformément aux articles précités, en déterminer l'assiette, le taux et les exemptions éventuelles. Elle ne peut déléguer au Roi que la détermination de mesures de détails ou de pure exécution, l'impôt étant une matière réservée au législateur.
>
> En revanche, dans le domaine des rétributions, l'article 173 de la Constitution permet au législateur de se borner à déterminer «les cas» dans lesquels une rétribution peut être exigée des citoyens, sans lui interdire d'abandonner au Roi le soin de déterminer le montant et les modalités de perception des rétributions, qu'il s'agisse de prélèvements au bénéfice de collectivités politiques ou au profit d'organismes publics revêtus d'une personnalité juridique distincte de l'État.
>
> Pour être juridiquement admissibles, ces rétributions doivent satisfaire, en principe, à trois conditions [11] :
>
> 1° La rétribution doit constituer la contrepartie, sinon d'un service rendu dans le seul intérêt direct et immédiat de son bénéficiaire, à tout le moins d'un service qui est rendu par priorité à ce dernier;

---

(9) Dernier alinéa des articles 80 et 186 de l'avant-projet.

(10) Doc. parl., Chambre, 2001-2002, 50-1842/1.

(11) Voyez, entre autres, R. Andersen, La notion de redevances, spécialement au regard de l'article 113 de la Constitution, in Liber Amicorum Prof. em. E. Krings, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, pp. 941-951 et J. Kirkpatrick et P. Glineur, La distinction entre l'impôt et la rétribution régie par l'article 113 de la Constitution, in Mélanges offert à J. Velu, Bruxelles, Bruylant, 1992, t. I[er], pp. 547-579, ainsi que la nombreuse jurisprudence citée.

2° Le montant réclamé à titre de contrepartie de la prestation effectuée doit sinon être équivalent au coût du service rendu, à tout le moins présenter avec ce coût un certain rapport de proportionnalité;

3° En principe, la rétribution doit apparaître comme étant la contrepartie d'un service qui a été librement demandé par son bénéficiaire et non pas imposé. La possibilité de refus qu'implique le caractère facultatif du service, constitue en effet le substitut le plus sûr à la garantie du consentement à l'impôt par une assemblée élue, applicable aux seuls prélèvements à caractère fiscal.

Néanmoins, à mesure que les polices spéciales de l'économie se sont multipliées, et avec elles les mesures d'interdiction et de contrôle qu'elles appellent, ce troisième critère est devenu plus difficile à vérifier. C'est pourquoi ce critère peut ne pas être retenu (12), en tout cas lorsque les deux premiers sont clairement rencontrés.

Or, en l'espèce, si l'on considère l'ensemble des missions dévolues à la CBF, force est de constater que certaines d'entre elles ne satisfont pas à ces deux premiers critères.

En vertu de la Constitution, le coût de l'accomplissement de ces devoirs de police par la Commission, doit donc être financé par l'impôt, par l'intermédiaire du budget de l'État, l'autorité budgétaire étant responsable de l'adéquation entre les moyens disponibles et les missions, sous le contrôle du Parlement.

Dans l'état actuel de l'avant-projet de loi, tel ne sera pas le cas. Les textes devraient donc être remaniés; sans quoi le législateur exposerait les arrêtés royaux qui fixeront les rétributions à la critique d'inconstitutionnalité qui se déduirait du caractère fiscal de certaines des sommes réclamées.

La même observation vaut en ce qui concerne les sommes qui seront réclamées aux entreprises soumises au contrôle de l'OCA pour supporter les frais de fonctionnement de l'Office, en vertu des arrêtés royaux qui seront pris sur la base de l'article 92 de l'avant-projet de loi. Dans une moindre mesure cependant, puisque l'article 36 de la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances limite à 3 pour mille des primes ou cotisations, la quote-part dans les frais du contrôle qui peuvent être mis à la charge de ces entreprises (13). Il n'en reste pas moins, comme l'a confirmé le délégué du ministre, que le financement de l'OCA est supporté par les entreprises contrôlées et que l'Etat n'intervient pas dans celui-ci."

---

(12) C.E., arrêt n° 100.555 du 7 novembre 2001 (AGIM c/État belge).

(13) L'avis du 28 mars 2002 de l'inspecteur des finances observe que ce texte continuera d'être d'application après l'entrée en vigueur de la réforme en projet. Cela résulte en effet de l'article 139 (voyez le paragraphe 3) de l'avant-projet de loi.

10. En ce qui concerne l'éventuel cumul d'amendes administratives et de sanctions pénales, ainsi que l'application du principe "non bis in idem", il est renvoyé à l'observation générale VI du même avis :

> "VI. Le cumul d'amendes administratives et de sanctions pénales : le principe «non bis in idem»
>
> Plusieurs dispositions de l'avant-projet permettent qu'un même comportement infractionnel puisse donner lieu, tout à la fois, à une sanction administrative et à une sanction pénale. Il en est spécialement ainsi, pour ce qui concerne les amendes administratives, de la sanction des interdictions visées à l'article 25 et, pour ce qui concerne les sanctions pénales, des incriminations visées aux articles 38 à 41. Certes, certaines infractions impliquent, pour être pénalement sanctionnées, l'existence d'un dol spécial qui n'est pas requis pour l'infliction d'une amende administrative (voyez ainsi les dispositions pénales figurant sous les articles 38 et 39). Mais, d'une part, certaines infractions pénales ne requièrent pas cet élément et répriment des comportements en tout point semblables à ceux que pourrait réprimer l'amende administrative (voyez ainsi les interdictions visées à l'article 25, § 1er, 1°, et les interdictions visées à l'article 40). Et l'on observe encore, d'autre part, que rien, dans l'avant-projet, ne permet d'exclure qu'un comportement susceptible d'être constitutif d'une infraction pénale puisse aussi être considéré par la Commission bancaire et financière comme une infraction justiciable d'une amende administrative.
>
> La question se pose, dans ces conditions, de savoir si pareil cumul de sanctions administratives et pénales est compatible avec le principe «non bis in idem» consacré à l'article 4 du Protocole n° 7 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que dans l'article 14, § 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et qui constitue, en droit interne, «une règle essentielle de procédure pénale laquelle constitue en droit belge un principe général du droit» (14). Selon ce principe, nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné.
>
> La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a évolué sur cette question. Dans son arrêt Gradinger contre Autriche du 23 octobre 1995, la Cour a considéré que le principe «non bis in idem» était violé dès lors qu'un «même comportement» avait fait l'objet, d'une part, d'une sanction administrative et, d'autre part, d'une sanction pénale. Dans son arrêt Oliveira contre Suisse du 30 juillet 1998, elle précise cependant qu'un même fait peut donner lieu tout à la fois à une sanction pénale et à une sanction administrative dès lors que le même fait pénal se décompose en deux infractions distinctes, l'article 4 du Protocole n° 7 prohibant seulement «de juger deux fois une même infraction». Cette jurisprudence a été récemment confirmée par la Cour européenne dans l'arrêt Ponsetti & Chesnel contre France du 14 septembre 1999, dans lequel la Cour européenne des droits de l'homme considère qu'une sanction administrative et une sanction pénale peuvent frapper le même fait dès lors que les deux pénalités «n'ont pas trait à la même infraction».

---

(14) J. Velu et R. Ergec, La Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 521.

Il ressort de cette jurisprudence que le cumul d'une sanction administrative et d'une sanction pénale est parfaitement possible pour sanctionner un même fait à condition que les éléments constitutifs de l'infraction pénale et les éléments constitutifs de l'infraction sanctionnée par l'amende administrative soient différents, en manière telle qu'il doit apparaître qu'il s'agit bien de deux infractions distinctes.

La jurisprudence de la Cour européenne paraît donc plus sévère que l'enseignement de notre Cour de cassation selon lequel le principe non bis in idem n'empêche pas que les autorités belges

«... puissent établir des sanctions de nature différente pour une même infraction, l'une soumise au régime du droit pénal national et l'autre soumise au régime des sanctions administratives, même si cette sanction administrative revêt un caractère pénal au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.» (15).

La prééminence des normes internationales, et notamment de l'article 14, § 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, incite à donner la préférence à la jurisprudence de la Cour européenne. Commentant cette dernière, la doctrine la plus récente relève que, dans la logique des arrêts Oliveira et Ponsetti & Chesnel, le principe non bis in idem devrait exclure qu'une même infraction - c'est-à-dire une incrimination dont les éléments constitutifs seraient les mêmes - puisse être sanctionnée tout à la fois par une amende administrative et ultérieurement par une sanction pénale (16).

Il appartient à l'auteur du projet d'apprécier si, au regard de la jurisprudence de la Cour européenne, il ne convient dès lors pas d'exclure le cumul de sanctions administratives et pénales pour des comportements susceptibles de constituer - au regard de leurs éléments constitutifs - des infractions identiques.

Certes, l'article 73 de l'avant-projet prévoit-il que

«Toute amende administrative imposée par la CBF à une personne et devenue définitive avant que le juge pénal ait statué définitivement sur les mêmes faits ou des faits connexes, s'impute sur le montant de toute amende pénale qui serait prononcée pour ces faits à l'égard de la même personne.».

Mais cette disposition ne paraît pas suffisante pour satisfaire à l'exigence du principe non bis in idem. Si ce principe venait à s'appliquer, il aurait en effet pour conséquence non d'exiger l'absorption d'une peine par une autre mais de rendre irrecevable la poursuite ultérieure d'une même infraction pour laquelle son auteur a déjà été condamné."

---

(15) Cass., 5 février 1999, J.L.M.B., 1999, p. 537 et s. et la note de Anne Demoulin.

(16) Voyez ainsi J. Put, Bis sed non idem, R.W., 2001-2002, p. 941, n° 18.

11. Compte tenu du bref délai imparti, il n'a pas été possible de vérifier l'exactitude des multiples renvois auxquels il est procédé dans de nombreuses dispositions de l'avant-projet soit à d'autres dispositions de l'avant-projet, soit à des dispositions de directives, d'autres lois ou d'arrêtés. L'attention de l'auteur du texte est toutefois attirée sur le fait que certains de ces renvois sont erronés.

À titre d'exemple, les articles 39 et 152 de l'avant-projet se réfèrent soit à des lois ou à des arrêtés de pouvoirs spéciaux abrogés (ainsi en va-t-il des dispositions relatives aux caisses d'épargne privées, coordonnées le 23 juin 1967, de l'arrêté royal n° 72 du 30 novembre 1939 réglementant les bourses et les marchés à terme de marchandises et denrées, la profession des courtiers et intermédiaires s'occupent de ces marchés et le régime de l'exception de jeu et de l'arrêté royal n° 64 du 10 novembre 1967 organisant le statut des sociétés à portefeuille), soit à des articles abrogés (comme les articles 13 à 16 de la loi du 10 juin 1964 sur les appels publics à l'épargne).

La chambre était composée de

Messieurs	Y.	KREINS,	président de chambre,
	J.	JAUMOTTE,	conseillers d'État,
Madame	M.	BAGUET,	
Monsieur	B.	GLANSDORFF,	assesseur de la section de législation,
Madame	B.	VIGNERON,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. J.-L. PAQUET, premier auditeur.

LE GREFFIER, LE PRÉSIDENT,

B. VIGNERON Y. KREINS

ANNEXE

TABLES DE CONCORDANCE

TABLE DE CONCORDANCE N° 1

Directive 85/611/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) modifiée par les directives 2001/107/CE et 2001/108/CE	**Avant-projet de loi relative à certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement**
Art. 1er bis, 2)	Art. 138
Art. 1er bis, al. 1er, 4)	Art. 3, 19°
Art. 1er bis, al. 1er, 5)	Art. 130
Art. 1er bis, al. 1er, 7)	Art. 3, 18°
Art. 1er bis, al. 1er, 9)	Art. 3, 16°
Art. 1er bis, al. 1er, 10)	Art. 150
Art. 1er bis, al. 1er, 12)	Art. 3, 17°
Art. 1er bis, al. 1er, 13)	Art. 3, 17°
Art. 1er bis, al. 1er, 14)	Art. 149
Art. 1er bis, al. 1er, 15)	Art. 3, 15°
Art. 4, § 3, al. 1er	Art. 33
Art. 4, § 3, al. 2 et 3	Art. 48
Art. 5, §§ 1er et 2	Art. 140, al. 1er et art. 3, 9°
Art. 5, § 3	Art. 140, al. 2 et 3 et art. 3, 10°
Art. 5, § 4	Art. 184, 153, § 1er, al. 1er, 169, 241
Art. 5bis, § 1er, a)	Art. 149, 158
Art. 5bis, § 1er, b)	Art. 151, 152

Art. 5bis, § 1er, c)	Art. 141, § 1er, al. 2
Art. 5bis, § 1er, d)	Art. 156
Art. 5bis, § 2	Art. 155
Art. 5bis, § 3	Art. 143
Art. 5bis, § 4	Art. 140, al. 1er
Art. 5bis, § 5, a)	Art.196
Art. 5bis, § 5, b) à f)	Art. 197
Art. 5ter, § 1er	Art. 150
Art. 5ter, § 3	Art. 142
Art. 5quater	Art. 146
Art. 5quinquies, § 1er	Art. 197
Art. 5quinquies, § 2	Art. 186
Art. 5sexies	Art. 159
Art. 5septies, § 1er, al. 2, a)	Art. 153, § 1er
Art. 5septies, § 1er, al. 2, b)	Art. 153, § 2
Art. 5septies, § 2	Art. 170, art. 157, art. 220 à 224
Art. 5octies	Art. 154
Art. 5nonies	Art. 168, 169, 172
Art. 6bis, §§ 1er et 2	Art. 175 et 176, § 1er
Art. 6bis, § 3	Art. 176, § 2
Art. 6bis, § 6	Art. 178, al. 1er
Art. 6bis, § 7	Art. 178, al. 2
Art. 6ter, § 1er	Art. 180 et 181, al. 1er et 2
Art. 6ter, § 2	Art. 181, al. 3

Art. 6ter, § 4	Art. 183
Art. 6ter, § 5	Art. 182
Art. 13bis, § 1er, al. 1er	Art. 15, § 3
Art. 13bis, § 1er, al. 2	Art. 29, al. 1er, art. 38, 39, 42, al. 1er
Art. 13bis, § 1er, al. 3	Art. 42, al. 2
Art. 13bis, § 1er, al. 4	Art. 29, al. 2
Art. 13bis, § 2	Art. 30
Art. 13bis, § 3	Art. 28
Art. 13bis, § 4	Art. 89 et 90
Art. 13ter	Art. 41, art. 68 et 69
Art. 13quater, al. 1er	Art. 40 et 70
Art. 21, § 1er	Art. 40, § 1er, al. 5-6 et 153, § 1er, al. 5-6
Art. 27, § 1er	Art. 52, § 1er; art. 76, § 1er, al. 1er
Art. 27, § 2	Art. 76, § 3
Art. 28, § 1er	Art. 52, § 2, al. 1er
Art. 28, § 2	Art. 56
Art. 28, § 3	Art. 52, § 2, al. 1er; art. 56
Art. 28, § 5	Art. 76, § 3, al. 3
Art. 28, § 6	Art. 76, § 3, al. 3
Art. 29	Art. 47
Art. 30	Art. 52, § 3, al. 1er
Art. 32	Art. 53, § 1er et art. 76, § 2
Art. 33, § 1er, al. 2	Art. 76, § 3, al. 1er
Art. 33, § 2	Art. 76, § 3, al. 1er

Art. 33, § 3	Art. 76, § 3, al. 2
Art. 52bis, § 1er	Art. 75, § 1er, 3° et 77 Loi 2 août 2002
Art. 52ter, § 1er	Art. 188, al. 1er et 2
Art. 52ter, § 2	Art. 188, al. 3

TABLE DE CONCORDANCE N° 2

Directive 2001/107/CE	**Avant-projet de loi relative à certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement**
Art. 2, § 1er	Art. 232
Art. 2, § 3	Art. 233

TABLE DE CONCORDANCE N° 3

Directive 2001/108/CE	**Avant-projet de loi relative à certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement**
Art. 2, § 2	Art. 235

TABLE DE CONCORDANCE N° 4

Avant-projet de loi relative à certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement	**Directive 85/611/CEE modifiée par les directives 2001/107/CE et 2001/108/CE (version consolidée)**
Art. 29	Art. 13bis, § 1er, al. 4 CEE
Art. 30	Art. 13bis, al. 2 CEE
Art. 34	Art. 4, §§ 2 et 3 CEE et art. 5bis, § 1er, d) CEE
Art. 37	Art. 3 CEE
Art. 38	Art. 13bis, § 1er, al. 2, 2e tiret CEE

Art. 40, § 1er, al. 1	Art. 13quater, al. 1er et 2 CEE
Art. 40, § 1er, al. 2 à 4	Art. 13quater, al. 2 CEE
Art. 40, § 1er, al. 5 et 6	Art. 21, § 1er CEE
Art. 40, § 2	Art. 13ter et 5nonies CEE
Art. 41	Art. 13ter et 5octies CEE
Art. 42	Art. 13bis, § 1er, al. 2, 3e tiret et al. 3 CEE
Art. 43, § 1er	Art. 13bis, §§ 1er et 1erbis CEE (implicite)
Art. 43, § 2	Art. 1erbis et art. 5, § 1er CEE
Art. 43, §§ 3 et 4	Art. 4, § 2 CEE
Art. 50, al. 1	Art. 10 CEE
Art. 52, § 1er, al. 2	Art. 27, § 1er CEE (108)
Art. 52, § 2, al. 1	Art. 28, § 3 CEE (108)
Art. 52, § 2, al. 2	Art. 28, § 1er CEE (108)
Art. 52, § 3, al. 1	Art. 30 CEE
Art. 56	Art. 28, §§ 2, 3 et 4 CEE (108)
Art. 69-70-71	Art. 13ter et 5nonies CEE
Art. 76, § 1er, al. 1	Art. 27, § 1er CEE
Art. 76, § 2	Art. 32 CEE
Art. 76, § 3, al. 1	Art. 33, § 2 CEE
Art. 76, § 3, al. 2	Art. 33, § 1er, al. 2 CEE
Art. 76, § 3, al. 3	Art. 27, § 2 et 28, §§ 5-6 CEE
Art. 89 à 96	Art. 13bis, § 4 CEE
Art. 138	Art. 1erbis, 2) CEE
Art. 140, al. 1-2 et 141	Art. 5, §§ 1er- 2-3 CEE

Art. 140, al. 3	Art. 5, § 3, al. 2 CEE
Art. 142	Art. 5ter, § 3 CEE
Art. 143 à 145	Art. 4, § 3, al. 1er et art. 5bis, § 3 CEE
Art. 146	Art. 5quater CEE
Art. 147	Art. 5bis, § 1er, a), phrase liminaire CEE
Art. 148	Art. 5bis, § 1er CEE
Art. 149	Art. 5bis, § 1er, a), phrase liminaire CEE
Art. 150	Art. 5ter, § 1er CEE
Art. 151 et 152	Art. 5bis, § 1er, b) CEE
Art. 153, § 1er, al. 1 - 4	Art. 5septies, § 1er, a) CEE
Art. 153, § 1er, al. 5 et 6	Art. 21, § 1er CEE
Art. 153, § 2	Art. 5septies, § 1er, b) CEE
Art. 153, § 3, al. 1	Art. 5bis, § 2, al. 1er CEE
Art. 153, § 3, al. 2	Art. 5bis, § 2, al. 2 CEE
Art. 154	Art. 5octies CEE
Art. 156	Art. 5bis, § 1er, d) CEE
Art. 157	Art. 5septies, § 2, 2e tiret CEE
Art. 158, al. 1	Art. 5quinquies, § 1er, CEE
Art. 158, al. 2	Art. 5bis, a) CEE
Art. 159 et 160	Art. 5sexies CEE
Art. 161	Art. 5bis, § 1er, phrase liminaire CEE
Art. 163	Art. 5bis, § 1er, phrase liminaire CEE
Art. 164	Art. 5bis, § 1er, phrase liminaire CEE
Art. 165	Art. 5bis, § 1er, phrase liminaire CEE

Art. 166	Art. 5bis, § 1er, phrase liminaire CEE
Art. 167	Art. 5bis, § 1er, phrase liminaire CEE
Art. 168	Art. 5septies, § 1er, b) CEE
Art. 169, al. 1	Art. 5nonies et 5, § 4 CEE
Art. 170	Art. 5septies, § 2, 1er tiret CEE
Art. 171	Art. 5septies, § 1er, al. 1er CEE
Art. 172 et 173	Art. 5nonies et 5, § 4 CEE
Art. 174	Art. 5septies, § 1er, al. 1er CEE
Art. 175 à 178	Art. 6bis, §§ 1er à 3, et art. 5 CEE
Art. 180 à 183	Art. 6ter CEE
Art. 184	Art. 5, § 4 CEE
Art. 185	Art. 5septies, § 1er, al. 1er CEE
Art. 186	Art. 49, §§ 1er et 2, et art. 5quinquies, § 2 CEE
Art. 187	Art. 5septies, § 1er, al. 1er CEE
Art. 188	Art. 52ter CEE
Art. 189	Art. 5septies, § 1er, al. 1er CEE
Art. 190 à 195	Art. 5septies, § 1er, al. 1er et art. 50bis CEE
Art. 196 à 202	Art. 5bis, § 5 CEE
Art. 203	Art. 6bis, §§ 4-7 et art. 6ter, § 3-5 CEE
Art. 220 à 224	Art. 5septies, § 2, 2e tiret CEE
Art. 232	Art. 2, § 1er directive 2001/107/CE
Art. 233	Art. 2, § 3 directive 2001/107/CE
Art. 235	Art. 2, § 2 directive 2001/108/CE

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 36.615/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 18 februari 2004 door de Minister van Financiën verzocht hem, binnen een termijn van vijf werkdagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "betreffende bepaalde vormen van collectief beheer van beleggingsportefeuilles", heeft op 23 februari 2004 het volgende advies gegeven :

Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, ingevoegd bij de wet van 4 augustus 1996 en vervangen bij de wet van 2 april 2003, moeten in de adviesaanvraag in het bijzonder de redenen worden aangegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval luidt de motivering in de brief als volgt :

"(Het verzoek om spoedbehandeling is) gemotiveerd door het feit :

- dat Richtlijn 2001/107/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 januari 2002 tot wijziging van Richtlijn 85/611/EEG van de Raad tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) met het oog op de reglementering van beheermaatschappijen en vereenvoudigde prospectussen, en Richtlijn 2001/108/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 januari 2002 tot wijziging van Richtlijn 85/611/EEG van de Raad tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's), betreffende beleggingen van icbe's, uiterlijk 13 februari 2004 dienen te zijn omgezet;

- dat het thans geldende wettelijk kader voor de instellingen voor collectieve belegging naar Belgisch recht onverwijld dient te worden aangepast zodat deze instellingen in aanmerking kunnen komen voor een wederzijdse erkenning van hun vergunning door de andere Lidstaten onder de in de voornoemde richtlijnen vastgelegde voorwaarden en teneinde hun concurrentiële positie op de Belgische markt te vrijwaren;

- dat dit eveneens geldt voor de beheervennootschappen van instellingen voor collectieve belegging waarvoor een statuut en een toezichtsregeling dienen te worden uitgewerkt".

Die motivering geeft nauwelijks aanleiding tot discussie, althans voorzover het voorontwerp strekt tot de omzetting, in de interne rechtsorde, van richtlijnen waarvan de omzettingstermijn reeds verstreken was toen de adviesaanvraag bij de Raad van State aanhangig is gemaakt. Gelet op het grote aantal zaken dat bij de afdeling wetgeving aanhangig is [(1)], op de termijnen die haar zijn opgelegd en op het aantal adviezen dat uitgebracht is tijdens de termijn die toegestaan is voor het onderzoek van dit

---

(1) Bij de IIe kamer wetgeving zijn thans 45 adviesaanvragen aanhangig, waarvan 2 met een termijn van 5 dagen en 37 met een termijn van een maand. Bij de afdeling Wetgeving in haar geheel zijn 149 adviesaanvragen aanhangig, waarvan 9 met een termijn van 5 dagen en 118 met een termijn van 30 dagen.

voorontwerp [2], neemt zulks evenwel geenszins weg dat de steller van het voorontwerp, door haar in extremis een wetgevende tekst van zulk een omvang (243 artikelen) voor te leggen, haar er de facto toe dwingt zich te beperken tot een noodzakelijkerwijs oppervlakkig onderzoek van de talrijke regels die deze tekst bevat.

De ontoereikende termijn die aan de Raad van State is toegemeten om zich er inzonderheid van te vergewissen dat de voormelde richtlijnen correct worden omgezet, noopt er aldus toe voorrang te geven aan toetsing a posteriori door de Commissie en het Hof van Justitie, ook al schaadt een dergelijke manier van toetsing de rechtszekerheid, die onverbrekelijk verbonden is met de eis van voorzienbaarheid die door de economische subjecten wordt nagestreefd.

*
* *

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Algemene opmerkingen

1. In artikel 1 van het voorontwerp wordt verwezen naar artikel 78 van de Grondwet. Nochtans houden verscheidene bepalingen van het voorontwerp (zie inzonderheid de artikelen 27, § 2, 92, § 7, 159, §§ 5 en 7, en 197, § 8) verband met de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel of van de voorzitter van die rechtbank. Zoals de afdeling wetgeving van de Raad van State reeds herhaaldelijk heeft

(2) 11 adviezen uitgebracht door de IIe kamer; 56 adviezen uitgebracht door de afdeling wetgeving in haar geheel.

opgemerkt [3], is de bevoegdheid van de hoven en rechtbanken een aangelegenheid als bedoeld in artikel 77, eerste lid, 9°, van de Grondwet. Krachtens het integraal bicameraal stelsel (artikel 77 van de Grondwet) moeten die bepalingen in een afzonderlijk ontwerp van wet worden ondergebracht.

Hetzelfde geldt, met toepassing van artikel 77, eerste lid, 8°, van de Grondwet, voor de bepalingen van het voorontwerp tot uitbreiding van het beroep bij de Raad van State tegen beslissingen van de Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen met toepassing van artikel 122 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten. Aangezien bij dat afzonderlijk ontwerp de bevoegdheid van de Raad van State wordt gewijzigd, zou het ook door de Minister van Binnenlandse Zaken aan de Wetgevende Kamers moeten worden voorgelegd en door hem ondertekend moeten worden.

2. Aan de gemachtigde van de Minister is gevraagd om een tabel op te maken waarin de overeenstemming tussen de bepalingen van het voorontwerp en die van de omgezette Europese rechtsregels wordt voorgesteld, om de Raad van State in de mogelijkheid te stellen het voorontwerp te onderzoeken en om de Wetgevende Kamers in staat te stellen zich met kennis van zaken uit te spreken over de keuze van de middelen die ze volgens de Regering moeten aanwenden en om te voorkomen dat de uitoefening van het recht van amendering, dat is vervat in artikel 76 van de Grondwet, de grenzen overschrijdt van de beoordelingsbevoegdheid die het Europees recht aan de lidstaten laat. Die tabel, die op vrijdag 20 februari aan de Raad van State is bezorgd, is bij dit advies gevoegd.

---

[3] Zie inzonderheid advies 33.213/1, dat op 30 mei 2002 is gegeven over een voorontwerp van wet betreffende de handelsvestigingen (Gedr. St., Kamer, zitting 2002-2003, nr. 2172/1) en advies 33.285/1, dat op 2 mei 2002 is gegeven over een voorontwerp van wet dat geleid heeft tot de wet van 16 januari 2003 tot oprichting van een Kruispuntbank van Ondernemingen, tot modernisering van het handelsregister, tot oprichting van erkende ondernemingsloketten en houdende diverse bepalingen (Gedr. St., Kamer, zitting 2002-2003, nr. 2058/1). Zoals in die adviezen wordt opgemerkt, verdient het tevens aanbeveling om het voorontwerp aan te vullen met een of meer bepalingen tot wijziging van de artikelen van het Gerechtelijk Wetboek waarin de bevoegdheden van de rechtbank van koophandel worden opgesomd.

.../...

Dat document bestaat voornamelijk uit twee tabellen (de nummers 1 en 4), die geacht worden aan te geven, in de ene en vervolgens in de andere zin, hoe de voorgestelde tekst zorgt voor de omzetting van de recente Europese richtlijnen betreffende de instellingen voor collectieve belegging in effecten. Dat document dient te worden herzien, aangezien die tabellen in hun huidige vorm niet op alle punten overeenstemmen [(4)] en een aantal vergissingen bevatten. Zo bijvoorbeeld :

- wordt artikel 4, lid 3, tweede en derde alinea, van de - geconsolideerde - richtlijn 85/611/EEG van de Raad van 20 december 1985 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) niet omgezet bij artikel 48 van het voorontwerp;

- wordt artikel 5*quinquies*, lid 1, van de richtlijn niet omgezet door artikel 197 van het voorontwerp.

Bovendien komen bepaalde artikelen van diezelfde richtlijn in geen enkele overeenstemmingstabel voor; dat geldt bijvoorbeeld voor artikel 1, lid 5 [(5)].

Ten slotte stemmen de tabellen niet altijd overeen met de uitleg die in de memorie van toelichting wordt gegeven; zulks geldt voor de artikelen 50 en 158 van het voorontwerp.

3. Uit dezelfde tabellen blijkt elders dan weer dat de bepalingen van de richtlijn op onvoldoende of onvolledige wijze worden omgezet (tenzij die omzetting in bepaalde gevallen vervolledigd wordt door andere bepalingen van het voorontwerp, hetgeen de Raad van State binnen de uiterst korte termijn die hem toegemeten was niet op systematische wijze heeft kunnen nagaan).

---

(4) Volgens tabel nr. 1 zou artikel 13*bis*, lid 4, van de richtlijn omgezet worden door de artikelen 89 en 90 van het voorontwerp, terwijl die omzetting volgens tabel nr. 4 geschiedt door de artikelen 89 tot 96; volgens tabel nr. 1 zouden de leden1, 2 en 3 van artikel 5 omgezet worden door de artikelen 140, tweede en derde lid, en 3, 9° en 10°, terwijl die omzetting volgens tabel nr. 4 geschiedt door de artikelen 140, eerste en tweede lid, en 141).

(5) Dat artikel wordt evenwel omgezet door artikel 63 van het voorontwerp.

Zo moet worden vastgesteld :

- artikel 33 alleen volstaat niet voor de omzetting van artikel 4, lid 3, eerste alinea, van de richtlijn, waarin verwezen wordt naar alle voorwaarden vastgesteld in de afdelingen III en IV ervan;

- artikel 50 vormt geen passende weergave van artikel 10 van de richtlijn, aangezien daarin niet bepaald wordt dat de taken van beheermaatschappij en van bewaarder niet door dezelfde personen mogen worden vervuld;

- het eerste lid en het derde lid, 9°, van artikel 140 geven het idee vervat in artikel 5, lid 2, van de richtlijn niet volledig weer;

- in artikel 155 wordt het idee van "doorlopend toezicht", vervat in artikel 5*bis*, lid 2, van de richtlijn, niet overgenomen;

- de grond tot intrekking van de vergunning waarin artikel 5*bis*, lid 5, b, voorziet, namelijk als blijkt dat aan de toezichthoudende autoriteit "valse verklaringen" zijn afgelegd, wordt niet overgenomen in de artikelen 190 en 197;

- in artikel 186 wordt niet gepreciseerd dat het toezicht dat uitgeoefend wordt door de autoriteit van de lidstaat van herkomst zich uitstrekt tot de activiteiten van de beheermaatschappij in het buitenland, zoals vermeld wordt in artikel 5*quinquies*, lid 2, van de richtlijn.

4. Onder voorbehoud van reeds bestaande verordeningsbepalingen waarvan de rechtsgrond een of meer bepalingen van het voorontwerp zou zijn, zal de omzetting hoe dan ook niet eerder voltooid zijn dan na het uitvaardigen van verscheidene koninklijke of andere besluiten waarnaar in een reeks bepalingen van het voorontwerp wordt verwezen.

Dat is inzonderheid het geval met de artikelen 3, 15° (begrip eigen vermogen), 3, 16° (begrip nauwe banden en aanverwante begrippen), 3, 17°, waar de verwijzing naar artikel 185 in elk geval verkeerd is, 48 (aanstelling van een bewaarder),

56 (prospectus), 65 en 67 (toegestane beleggingen), 76, § 3 (inhoud en termijn voor de publicatie van het verslag) en 158 (minimumkapitaal).

Dat geldt inzonderheid voor richtlijn 2001/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 januari 2002 tot wijziging van richtlijn 85/611/EEG van de Raad tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's), betreffende beleggingen van icbe's. In artikel 2 van het voorontwerp wordt immers uitdrukkelijk bepaald dat die richtlijn slechts gedeeltelijk wordt omgezet.

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 203 van het voorontwerp.

5. In principe wordt een richtlijn niet correct omgezet wanneer in het voorontwerp alleen verwezen wordt naar de bepalingen van de richtlijn en die bepalingen niet overgenomen worden, zoals bijvoorbeeld artikel 7, 1°, - waarin naar geen enkele precieze bepaling wordt verwezen - en de artikelen 146 en 160.

6. Aangezien het gaat om bepalingen betreffende de beroepen die openstaan tegen de beslissingen van de Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen, dienen de artikelen van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten, waarnaar in verscheidene bepalingen van het voorontwerp wordt verwezen (artikelen 94, 176, § 2 en § 3, 198 en 199), duidelijk aangegeven te worden. In de passage in de memorie van toelichting die gaat over de bespreking van de artikelen 28 tot 32 wordt wat dat betreft uitdrukkelijk gesteld dat "tegen de beslissingen van de CBFA over inschrijvingen (...) beroep (kan) worden ingesteld conform artikel 122 van de wet van 2 augustus 2002 tot aanvulling, inzake de verhaalmiddelen tegen de beslissingen van de minister, de CBF, de CDV en de marktondernemingen, alsook inzake de tussenkomst van de CBF en van de CDV voor de strafgerechten, van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten en tot wijziging van verschillende andere wetsbepalingen". De specifieke rechtsmiddelen waarvoor bijzondere procedureregels gelden moeten, net als de verschillende beslissingen die daarmee kunnen worden aangevochten - onder meer ook wat de dwangsommen en de administratieve geldboetes

betreft (artikelen 90, 91, 96 en 202), - uitdrukkelijk vermeld worden in eenduidige bepalingen. In verscheidene bepalingen van het voorontwerp is dat niet het geval [6]. Het voorontwerp of artikel 122 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten moeten bijgevolg wat dat betreft worden aangevuld [7].

7. In artikel 3, 30°, van het voorontwerp staat het volgende :

"Voor de toepassing van deze wet en de ter uitvoering ervan genomen besluiten en reglementen, wordt verstaan onder : (...) de Koning : de minister van Financiën".

Zulk een precisering moet vervallen. Luidens artikel 37 van de Grondwet immers berust de federale uitvoerende macht zoals zij door de Grondwet is geregeld bij de Koning. Bij de artikelen 105 en 108 van de Grondwet wordt de bevoegdheid om

---

(6) Zo bijvoorbeeld :
- voorziet artikel 62 zonder meer in de mogelijkheid om "beroep" in te stellen tegen verscheidene weigeringsbeslissingen van de CBFA;
- bepaalt artikel 94 dat de CBFA de autoriteiten die toezicht houden op de instellingen voor collectieve belegging van de andere Lidstaten van de Europese Economische Ruimte op de hoogte houdt van "de behandeling van het beroep tegen deze beslissingen overeenkomstig de artikelen ... van de wet van 2 augustus 2002". Het voorontwerp lijkt evenwel geen bepalingen te bevatten die uitdrukkelijk voorzien in het desbetreffende beroep;
- geldt hetzelfde voor artikel 176, § 2, van het voorontwerp, waarin alleen gewag wordt gemaakt van verzet "tenietgedaan (...) overeenkomstig artikel 122, ... van de wet van 2 augustus 2002" en voor artikel 176, § 3, van het voorontwerp, dat voorziet in de verplichting voor de CBFA aan de Commissie van de Europese gemeenschappen kennis te geven van "het aantal en de motivering van de in artikel 169, derde lid en artikel 122, ... van de wet van 2 augustus 2002 bedoelde definitieve beslissingen tot verzet".

(7) Zie ook wat betreft de organisatie van de rechtsmiddelen en het optreden van de CBFA bij de strafrechter (cf. artikel 210, § 2, van het voorontwerp), advies 33.239/2, uitgebracht op 2 mei 2002, over een voorontwerp dat de wet van 2 augustus 2002 is geworden tot aanvulling, inzake de verhaalmiddelen tegen de beslissingen van de minister, de CBF, de CDV en de marktondernemingen, alsook inzake de tussenkomst van de CBF en van de CDV voor de strafgerechten, van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten en tot wijziging van verschillende andere wetsbepalingen (Gedr. St. Kamer, 2001-2002, 50-1843/1).

.../...

wetten ten uitvoer te leggen toegewezen aan de Koning, en niet aan zijn ministers. De minister van Financiën in de plaats stellen van de Koning voor de tenuitvoerlegging van de talrijke machtigingen die Hem bij het voorontwerp worden toegewezen, zou overigens des te minder aanvaardbaar zijn daar de bevoegdheden die aldus aan de Koning, of zelfs aan de Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen zijn toegewezen, in hun geheel beschouwd bijzonder ruim zijn [(8)]. In het advies van de inspecteur van financiën staat daarover het volgende :

> "De Inspectie van Financiën stelt vast dat heel wat vergaande machtigingen worden verleend aan de Koning en aan de Commissie voor het Bank-, Financië- en Assurantiewezen (CBFA). Bovendien dienen de koninklijke besluiten niet in Ministerraad te worden overlegd. Bij gebrek aan memorie van toelichting is niet steeds duidelijk welke de draagwijdte kan zijn van deze machtigingen.
>
> Ter illustratie worden hierna enkele voorbeelden gegeven.
>
> - Delegatie aan de Koning
>
> Artikel 66, § 3
>
> Dit artikel machtigt de Koning om voor sommige categorieën van toegelaten beleggingen uitzonderingen te voorzien op de §§ 1 en 2 van artikel 66, die verplichtingen en verbodsbepalingen bevatten.
>
> Artikel 67, tweede lid
>
> Dit artikel voorziet dat de Koning de bepalingen kan aanpassen van artikel 26 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten, dat de gedragsregels bepaalt die de financiële tussenpersonen moeten naleven bij het verstrekken van beleggingsdiensten of het uitvoeren van verrichtingen in financiële instrumenten.
>
> Artikel 109 en 123
>
> Deze artikelen machtigen de Koning om, gelet op de categorie van toegelaten beleggingen, de toepassing van de artikelen 77 tot 93 van het wetsontwerp uit te breiden tot de institutionele instellingen voor collectieve belegging met een veranderlijk en een vast aantal rechten van deelneming alsook tot de private instelling voor collectieve belegging met een veranderlijk en een vast aantal rechten van deelneming.

---

(8) Zie, bij wijze van voorbeeld, de artikelen 203 en 204 van het voorontwerp.

Artikel 122, § 2, 5de lid

De Koning wordt gemachtigd om zonder meer uitzonderingen te voorzien op het eerste tot het vierde lid dewelke betrekking hebben op de bedrijfsuitoefening.

- Delegatie aan het CBFA

Artikel 69

Volgens dit artikel kan de CBFA in individuele gevallen en mits bekendmaking afwijkingen verlenen op de bepalingen van de artikelen 67 (zie hoger) en 68 van het ontwerp in functie van activiteiten of de positie van de instelling.

Artikel 68 van het ontwerp bepaalt dat de instelling voor collectieve belegging artikel 27 van de voormelde wet van 2 augustus 2002 moet naleven. Dit artikel 27 stelt dat de gekwalificeerde tussenpersonen die in België zijn gevestigd, een interne gedragscode vaststellen en binnen hun organisatie een persoon of een comité aanduiden dat verantwoordelijk is op het gebied van de deontologie.

Artikel 134, tweede en derde lid

Met goedkeuring van de Minister van Financiën mag de CBFA met de toezicht houdende autoriteiten van de Staat van herkomst van de beleggingsinstellingen, overeenkomen welke verplichtingen en verbodsbepalingen gelden, hoe het toezicht wordt opgevat en uitgeoefend en op welke wijze de samenwerking en de informatie-uitwisseling worden georganiseerd.

Volgens het tweede lid mogen de overeenkomsten afwijken van de bepalingen van Boek III van Deel II van het ontwerp. Bovendien mogen deze overeenkomsten vrijstelling verlenen van de toepassing van bepaalde voorschriften van voormeld Boek en van de ter uitvoering ervan genomen besluiten en reglementen.

Deze uitzondering is blijkbaar reeds voorzien in artikel 142decies van de wet van 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten.

Artikel 80, § 1, 3de lid

Wat de commissarissen aangesteld bij een gemeenschappelijk beleggingsfonds betreft, mogen de besluiten of reglementen die ter uitvoering van het wetsontwerp worden genomen, afwijken van de bepalingen van het Wetboek van vennootschappen met betrekking tot de

benoeming, de bezoldiging, het ontslag, de herroeping en de bevoegdheden van de commissarissen.

Volgens ingewonnen inlichtingen is het vooral de bedoeling om flexibel te kunnen inspelen op de snel evoluerende sector.

De Inspectie van Financiën is van mening dat de draagwijdte van de machtigingen in de wet nauwkeurig dient te worden gedefinieerd en dat de machtigingen in de memorie van toelichting zeer duidelijk dienen te worden verantwoord."

De gemachtigde van de minister is verzocht om schriftelijk te laten weten welk gevolg aan dat advies werd gegeven, of de redenen op te geven waarom daarmee geen rekening werd gehouden, maar die opmerkingen waren nog niet meegedeeld op het tijdstip waarop het onderhavige advies is opgemaakt.

8. Qua interne samenhang, ten slotte, laat het ontwerp te wensen over.

Zo bijvoorbeeld voorziet het voorontwerp in de aanstelling van commissarissen, zowel in het gemeenschappelijk beleggingsfonds als in de beheervennootschap daarvan, zonder ook maar enigszins aan te geven wat de verhoudingen tussen hen zijn, of wat hun respectieve verantwoordelijkheid is, terwijl datgene waarop ze toezicht uitoefenen onvermijdelijk, en in grote mate zelfs, overlappend lijkt te zijn.

9. Wat de vergoedingen betreft waarvan sprake in het voorontwerp, inzonderheid die welke door de instellingen voor collectieve belegging en de beheervennootschappen bedoeld in het voorontwerp aan de CBFA betaald moeten worden "om de kosten van het toezicht te dekken", die de Koning zou mogen bepalen [(9)], wordt verwezen naar algemene opmerking V van advies 33.182/2, uitgebracht op 29 april 2002, over een voorontwerp dat de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten is geworden [(10)] :

---

(9) Laatste lid van de artikelen 80 en 186 van het voorontwerp

(10) Gedr. St., Kamer, 2001-2002, 50-1842/1.

"V. De financiering, door de gecontroleerde ondernemingen, van de werkingskosten van de Commissie voor het Bank- en Financiewezen en van de Controledienst voor de Verzekeringen.

In artikel 19, 1°, van het voorontwerp van wet wordt de Koning gemachtigd «de bijdrage te bepalen» die aan de CBF moet worden betaald voor het onderzoek van het dossier van de vergunningsaanvraag. In artikel 37 wordt de Koning gemachtigd «de vergoeding te bepalen» die aan de CBF moet worden betaald met het oog op het dekken van de kosten van toezicht.

Deze beide bepalingen moeten worden onderzocht in het licht van de artikelen 170 en 173 van de Grondwet.

Wanneer de wetgever een belasting instelt, moeten krachtens de voormelde artikelen in de wet de belastinggrondslag en het belastingtarief worden vastgesteld en moeten in de wet de eventuele vrijstellingen worden bepaald. Aan de Koning kan door de wet alleen de bevoegdheid worden opgedragen om maatregelen in detailkwesties of loutere uitvoeringsmaatregelen vast te stellen, aangezien belastingen een aangelegenheid vormen waarvoor alleen de wetgever bevoegd is.

Wat retributies betreft, biedt artikel 173 van de Grondwet de wetgever daarentegen de mogelijkheid alleen te bepalen in «welke gevallen» van de burgers een retributie kan worden gevorderd, terwijl het de wetgever in die aangelegenheid niet verboden is om het aan de Koning over te laten het bedrag en de nadere regels voor de inning van retributies te bepalen, ongeacht of het gaat om heffingen ten gunste van politieke gemeenschappen of ten bate van openbare instellingen met een rechtspersoonlijkheid die van die van de Staat verschilt.

Opdat die retributies uit juridisch oogpunt aanvaardbaar kunnen worden geacht, moeten ze in principe aan drie voorwaarden voldoen [(11)] :

1° De retributie moet de tegenprestatie vormen van een dienst die louter in het rechtstreekse en onmiddellijke belang van de begunstigde ervan is verleend of op zijn minst van een dienst die in de eerste plaats aan de begunstigde is verleend;

2° Het bedrag dat als tegenprestatie voor de geleverde prestatie wordt gevorderd, moet overeenstemmen met de kostprijs van de geleverde dienst of op zijn minst in een bepaalde verhouding van evenredigheid tot die kostprijs staan;

3° In principe moet de retributie zich aandienen als de tegenprestatie voor een dienst die niet opgelegd is maar waarvan de begunstigde uit eigen beweging gebruik heeft gemaakt. De mogelijkheid om van de dienst af te zien, die uit de facultatieve aard van de dienst voortvloeit, vormt immers het beste substituut voor

---

(11) Zie, onder andere, R. Andersen, La notion de redevances, spécialement au regard de l'article 113 de la Constitution, in Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings, Brussel, Story-Scientia, 1991, blz. 941-951 en J. Kirkpatrick en P. Glineur, La distinction entre l'impôt et la rétribution régie par l'article 113 de la Constitution, in Mélanges offerts à J. Velu, Brussel, Bruylant, 1992, deel I, blz. 547-579, alsook de omvangrijke rechtspraak waarnaar wordt verwezen.

de garantie dat voor een belasting de instemming van een gekozen gremium vereist is, welke instemming alleen van toepassing is op heffingen van fiscale aard.

Naarmate het aantal bijzondere voorschriften omtrent economie toenam en er meer verbods- en controlemaatregelen kwamen die daardoor nodig waren, is het evenwel moeilijker geworden na te gaan of aan dat derde criterium is voldaan. Om die reden kan aan dat criterium worden voorbijgegaan [(12)], vooral wanneer duidelijk is dat aan de eerste twee criteria is voldaan.

Wanneer men in casu echter alle taken nagaat die aan de CBF zijn opgedragen, valt op te merken dat bepaalde ervan niet voldoen aan die eerste twee maatstaven.

Krachtens de Grondwet moeten de kosten van de vervulling van deze politietaken door de Commissie dan ook gedragen worden door de belastingen via de Rijksbegroting, waarbij de begrotingsoverheid onder het toezicht van het parlement verantwoordelijk is voor de overeenstemming tussen de beschikbare middelen en de opdrachten.

Bij de huidige stand van het voorontwerp zal zulks niet het geval zijn. De teksten zouden dan ook moeten worden herzien; zo niet zou de wetgever de koninklijke besluiten tot vaststelling van de retributies blootstellen aan grondwettigheidskritiek, die zou worden afgeleid uit de fiscale aard van bepaalde van de gevorderde bedragen.

Dezelfde opmerking geldt voor de bedragen die zullen worden gevorderd van de ondernemingen die onder het toezicht van de CDV staan voor het dragen van de werkingskosten van die Dienst, krachtens koninklijke besluiten die zullen worden uitgevaardigd op grond van artikel 92 van het voorontwerp van wet. Die opmerking geldt in dezen evenwel in mindere mate, aangezien de bijdrage van die ondernemingen in de controlekosten krachtens artikel 36 van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen ten hoogste 3 per duizend van de premies of bijdragen mag bedragen [(13)]. Zoals de gemachtigde van de minister heeft bevestigd neemt zulks niet weg dat de kosten van de CDV gedragen worden door de ondernemingen waarop toezicht wordt uitgeoefend en dat de Staat daartoe geen bijdrage levert."

---

(12) R.v.S., arrest nr. 100.555 van 7 november 2001 (AGIM tegen de Belgische Staat).

(13) De inspecteur van financiën merkt in zijn advies van 28 maart 2002 op dat die bepaling ook na de inwerkingtreding van de ontworpen hervorming van toepassing blijft. Dat is immers een gevolg van artikel 139 (zie paragraaf 3) van het voorontwerp van wet.

10. Wat de eventuele cumulatie van administratieve geldboetes en strafrechtelijke straffen betreft alsook de toepassing van het beginsel "non bis in idem", wordt verwezen naar algemene opmerking VI van hetzelfde advies :

> "VI. Administratieve geldboeten bovenop strafrechtelijke straffen : het beginsel «non bis in idem»
>
> Krachtens verscheidene bepalingen van het voorontwerp kan eenzelfde strafbaar gedrag tegelijk aanleiding geven tot een administratieve sanctie en een strafrechtelijke straf. Dat geldt inzonderheid, wat administratieve geldboetes betreft, voor de straf op overtreding van de verbodsbepalingen, vermeld in artikel 25, en, wat de strafrechtelijke straffen betreft, voor hetgeen strafbaar wordt gesteld in de artikelen 38 tot 41. Evenwel staat op sommige strafbare feiten pas een strafrechtelijke straf als er bijzonder opzet mee gemoeid is, hetgeen niet vereist is voor het opleggen van een administratieve geldboete (zie in dit verband de strafrechtelijke bepalingen die opgenomen zijn in de artikelen 38 en 39). Daartegenover staat evenwel, ten eerste, dat dit bestanddeel niet vereist is voor sommige tenlasteleggingen in strafzaken waarbij gedragingen worden gestraft die in alle opzichten gelijken op die welke met een administratieve geldboete zouden kunnen worden gestraft (zie in dit verband de verbodsbepalingen die opgenomen zijn in artikel 25, § 1, 1°, en de verbodsbepalingen die vervat zijn in artikel 40). Ten tweede zij erop gewezen dat op grond van geen enkele bepaling van het voorontwerp kan worden uitgesloten dat een gedrag dat een strafbaar feit in strafrechtelijke zin kan vormen, door de Commissie voor het Bank- en Financiewezen zou worden beschouwd als een strafbaar feit dat met een administratieve geldboete moet worden gestraft.
>
> In deze omstandigheden rijst de vraag of zulk een cumulatie van administratieve sancties en strafrechtelijke straffen bestaanbaar is met het beginsel «non bis in idem», dat vervat is in artikel 4 van Protocol nr. 7 bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en in artikel 14, lid 7, van het International Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en die in het intern recht een essentiële regel van strafprocesrecht is die in het Belgische recht een algemeen rechtsbeginsel vormt [(14)]. Volgens dat beginsel mag niemand voor een tweede keer strafrechtelijk worden berecht of gestraft voor een strafbaar feit waarvoor hij reeds is veroordeeld of waarvan hij is vrijgesproken.
>
> De jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft in dezen een ontwikkeling doorgemaakt. In zijn arrest-Gradinger tegen Oostenrijk van 23 oktober 1995 heeft het Hof geoordeeld dat het beginsel «non bis in idem» geschonden is zodra «eenzelfde gedrag» gestraft is met, enerzijds, een administratieve sanctie, en, anderzijds, een strafrechtelijke straf. In zijn arrest-Oliveira tegen Zwitserland van 30 juli 1998 preciseert het Hof evenwel dat eenzelfde feit tegelijk aanleiding kan geven tot een strafrechtelijke straf en een administratieve sanctie, wanneer het strafrechtelijk feit bestaat uit twee aparte strafbare feiten, aangezien artikel 4 van Protocol nr. 7 alleen het verbod inhoudt om «twee keer over hetzelfde strafbare feit uitspraak te doen». Die jurisprudentie is

---

(14) J. Velu en R. Ergec, La Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, Brussel, 1990, blz. 521.

enige tijd geleden door het Europees Hof bevestigd in arrest-Ponsetti & Chesnel tegen Frankrijk van 14 september 1999, waarin het Europees Hof voor de rechten van de mens oordeelt dat een administratieve sanctie en een strafrechtelijke straf kunnen worden opgelegd voor hetzelfde feit wanneer de twee straffen «geen betrekking hebben op dezelfde bestanddeel van het strafbaar feit».

Uit deze jurisprudentie volgt dat het perfect mogelijk is zowel een administratieve sanctie als een strafrechtelijke straf op te leggen ter bestraffing van eenzelfde feit, op voorwaarde dat de bestanddelen van het in strafrechtelijk opzicht strafbare feit en die van het feit waarop een administratieve geldboete staat van elkaar verschillen, zodat blijkt dat het wel degelijk om twee aparte strafbare feiten gaat.

De rechtspraak van het Europees Hof blijkt strenger dan de lering van ons Hof van Cassatie, naar luid waarvan het beginsel non bis in idem niet belet dat de Belgische overheid

«... sancties van uiteenlopende aard mag bepalen voor eenzelfde inbreuk, de ene onderworpen aan het nationale strafrechtstelsel, de andere onderworpen aan het stelsel van de administratieve sanctie, ook al zou die administratieve sanctie een strafrechtelijke aard hebben in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.» [(15)].

De voorrang van de internationale rechtsregels, en inzonderheid van artikel 14, lid 7, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, zet ertoe aan de voorkeur te geven aan de rechtspraak van het Europees Hof. In een commentaar op die rechtspraak wijst de meest recente rechtsleer erop dat in de logica van de arresten-Oliveira en Ponsetti & Chesnel, het beginsel «non bis in idem» zou moeten uitsluiten dat eenzelfde strafbaar feit - dat wil zeggen een tenlastelegging waarvan de bestanddelen dezelfde zijn - kan worden bestraft met zowel een administratieve geldboete als, naderhand, een strafrechtelijke straf [(16)].

De steller van het ontwerp dient na te gaan of, in het licht van de rechtspraak van het Europees Hof, het dus niet raadzaam is om de cumulatie van administratieve sancties en strafrechtelijke straffen uit te sluiten voor gedragingen die uit het oogpunt van hun bestanddelen identieke strafbare feiten kunnen vormen.

In artikel 73 van het voorontwerp wordt weliswaar het volgende bepaald :

«Elke administratieve geldboete die door de CBF aan een persoon wordt opgelegd en die definitief is geworden vooraleer de strafrechter zich definitief over dezelfde feiten of samenhangende feiten heeft uitgesproken, wordt aangerekend op het bedrag van elke strafboete die voor deze feiten ten aanzien van dezelfde persoon wordt uitgesproken.».

---

(15) Cass., 5 februari 1999, Arresten van het Hof van Cassatie 1999, blz. 67 e.v. en de noot van Anne Demoulin.

(16) Zie in dit verband J. Put, Bis sed non idem, R.W., 2001-2002, blz. 941, nr. 18.

Die bepaling lijkt evenwel ontoereikend opdat aan het beginsel «non bis in idem» voldaan kan zijn. Als dat beginsel zou worden toegepast, zou het immers tot gevolg hebben, niet dat de ene straf opgaat in de andere, maar dat voor eenzelfde strafbare feit geen nieuwe vervolging meer kan worden ingesteld als degene die het strafbare feit heeft begaan, daarvoor reeds veroordeeld is."

11. De Raad van State heeft, gezien de korte termijn waarover hij beschikte, niet kunnen nagaan of de talrijke verwijzingen in heel wat bepalingen van het voorontwerp, ofwel naar andere bepalingen van het voorontwerp, ofwel naar bepalingen van richtlijnen, van andere wetten of besluiten, correct zijn. De aandacht van de steller van het ontwerp wordt er evenwel op gevestigd dat sommige van die verwijzingen verkeerd zijn.

In de artikelen 39 en 152 van het voorontwerp, bijvoorbeeld, wordt ofwel verwezen naar wetten of bijzondere-machtenbesluiten die opgeheven zijn (dat geldt bij voorbeeld voor de bepalingen betreffende de private spaarkassen, gecoördineerd op 23 juni 1967, voor het koninklijk besluit nr. 72 van 30 november 1939 tot regeling van de beurzen voor de termijnhandel in goederen en waren, van het beroep van de makelaars en tussenpersonen die zich met deze termijnhandel inlaten en van het regime van de exceptie van spel en voor het koninklijk besluit nr. 64 van 10 november 1967 tot regeling van het statuut van de portefeuillemaatschappijen), ofwel naar artikelen die opgeheven zijn (zoals de artikelen 13 tot 16 van de wet van 10 juni 1964 op het openbaar aantrekken van spaargelden).

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Y. KREINS,	kamervoorzitter,
	J. JAUMOTTE,	staatsraden,
Mevrouw	M. BAGUET,	
de Heer	B. GLANSDORFF,	assessor van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	B. VIGNERON,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. J.-L. PAQUET, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. J. JAUMOTTE.

DE GRIFFIER, DE VOORZITTER,

B.VIGNERON Y. KREINS

BIJLAGE

CONCORDANTIETABELLEN

CONCORDANTIETABEL Nr. 1

Richtlijn 85/611/EEG van de Raad van 20 december 1985 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's), gewijzigd bij de richtlijnen 2001/107/EG en 2001/108/EG	**Voorontwerp van wet betreffende bepaalde vormen van collectief beheer van beleggingsportefeuilles**
Art. 1bis, 2)	Art. 138
Art. 1bis, eerste alinea, 4)	Art. 3, 19°
Art. 1bis, eerste alinea, 5)	Art. 130
Art. 1bis, eerste alinea, 7)	Art. 3, 18°
Art. 1bis, eerste alinea, 9)	Art. 3, 16°
Art. 1bis, eerste alinea, 10)	Art. 150
Art. 1bis, eerste alinea, 12)	Art. 3, 17°
Art. 1bis, eerste alinea, 13)	Art. 3, 17°
Art. 1bis, eerste alinea, 14)	Art. 149
Art. 1bis, eerste alinea, 15)	Art. 3, 15°
Art. 4, lid 3, eerste alinea	Art. 33
Art. 4, lid 3, tweede en derde alinea	Art. 48
Art. 5, leden 1 en 2	Art. 140, eerste lid, en art. 3, 9°
Art. 5, lid 3	Art. 140, tweede en derde lid, en art. 3, 10°
Art. 5, lid 4	Art. 184, 153, § 1, eerste lid, 169, 241
Art. 5bis, lid 1, a)	Art. 149, 158
Art. 5bis, lid 1, b)	Art. 151, 152

Art. 5bis, lid 1, c)	Art. 141, § 1, tweede lid
Art. 5bis, lid 1, d)	Art. 156
Art. 5bis, lid 2	Art. 155
Art. 5bis, lid 3	Art. 143
Art. 5bis, lid 4	Art. 140, eerste lid
Art. 5bis, lid 5, a)	Art.196
Art. 5bis, lid 5, b) tot f)	Art. 197
Art. 5ter, lid 1	Art. 150
Art. 5ter, lid 3	Art. 142
Art. 5quater	Art. 146
Art. 5quinquies, lid 1	Art. 197
Art. 5quinquies, lid 2	Art. 186
Art. 5sexies	Art. 159
Art. 5septies, lid 1, tweede alinea, a)	Art. 153, § 1
Art. 5septies, lid 1, tweede alinea, b)	Art. 153, § 2
Art. 5septies, lid 2	Art. 170, art. 157, art. 220 tot 224
Art. 5octies	Art. 154
Art. 5nonies	Art. 168, 169, 172
Art. 6bis, leden 1 en 2	Art. 175 et 176, § 1
Art. 6bis, lid 3	Art. 176, § 2
Art. 6bis, lid 6	Art. 178, eerste lid
Art. 6bis, lid 7	Art. 178, tweede lid
Art. 6ter, lid 1	Art. 180 en 181, eerste en tweede lid
Art. 6ter, lid 2	Art. 181, derde lid

Art. 6ter, lid 4	Art. 183
Art. 6ter, lid 5	Art. 182
Art. 13bis, lid 1, eerste alinea	Art. 15, § 3
Art. 13bis, lid 1, tweede alinea	Art. 29, eerste lid, art. 38, 39, 42, eerste lid
Art. 13bis, lid 1, derde alinea	Art. 42, tweede lid
Art. 13bis, lid 1, vierde alinea	Art. 29, tweede lid
Art. 13bis, lid 2	Art. 30
Art. 13bis, lid 3	Art. 28
Art. 13bis, lid 4	Art. 89 en 90
Art. 13ter	Art. 41, art. 68 en 69
Art. 13quater, eerste alinea	Art. 40 en 70
Art. 21, lid 1	Art. 40, § 1, vijfde en zesde lid, en 153, § 1, vijfde en zesde lid
Art. 27, lid 1	Art. 52, § 1, art. 76, § 1, eerste lid
Art. 27, lid 2	Art. 76, § 3
Art. 28, lid 1	Art. 52, § 2, eerste lid
Art. 28, lid 2	Art. 56
Art. 28, lid 3	Art. 52, § 2, eerste lid; art. 56
Art. 28, lid 5	Art. 76, § 3, derde lid
Art. 28, lid 6	Art. 76, § 3, derde lid
Art. 29	Art. 47
Art. 30	Art. 52, § 3, eerste lid
Art. 32	Art. 53, § 1 en art. 76, § 2
Art. 33, lid 1, tweede alinea	Art. 76, § 3, eerste lid
Art. 33, lid 2	Art. 76, § 3, eerste lid

Art. 33, lid 3	Art. 76, § 3, tweede lid
Art. 52bis, lid 1	Art. 75, § 1, 3° en 77 Wet 2 augustus 2002
Art. 52ter, lid 1	Art. 188, eerste en tweede lid
Art. 52ter, lid 2	Art. 188, derde lid

CONCORDANTIETABEL Nr. 2

Richtlijn 2001/107/EG	**Voorontwerp van wet betreffende bepaalde vormen van collectief beheer van beleggingsportefeuilles**
Art. 2, lid 1	Art. 232
Art. 2, lid 3	Art. 233

CONCORDANTIETABEL Nr. 3

Richtlijn 2001/108/EG	**Voorontwerp van wet betreffende bepaalde vormen van collectief beheer van beleggingsportefeuilles**
Art. 2, lid 2	Art. 235

CONCORDANTIETABEL Nr. 4

Voorontwerp van wet betreffende bepaalde vormen van collectief beheer van beleggingsportefeuilles	**Richtlijn 85/611/EEG gewijzigd bij de richtlijnen 2001/107/EG en 2001/108/EG (geconsolideerde versie)**
Art. 29	Art. 13bis, lid 1, vierde alinea EEG
Art. 30	Art. 13bis, tweede alinea EEG
Art. 34	Art. 4, leden 2 en 3 EEG en art. 5bis, lid 1, d) EEG
Art. 37	Art. 3 EEG
Art. 38	Art. 13bis, lid 1, tweede alinea, tweede streepje EEG

Art. 40, § 1, eerste lid	Art. 13quater, eerste en tweede alinea EEG
Art. 40, § 1, tweede tot vierde lid	Art. 13quater, tweede alinea EEG
Art. 40, § 1, vijfde en zesde lid	Art. 21, lid 1 EEG
Art. 40, § 2	Art. 13ter en 5nonies EEG
Art. 41	Art. 13ter en 5octies EEG
Art. 42	Art. 13bis, lid 1, tweede lid, derde streepje, en derde lid EEG
Art. 43, § 1	Art. 13bis, leden 1 en 1bis EEG (impliciet)
Art. 43, § 2	Art. 1bis en art. 5, lid 1 EEG
Art. 43, §§ 3 en 4	Art. 4, lid 2 EEG
Art. 50, eerste lid	Art. 10 EEG
Art. 52, § 1, tweede lid	Art. 27, lid 1 EEG (108)
Art. 52, § 2, eerste lid	Art. 28, lid 3 EEG (108)
Art. 52, § 2, tweede lid	Art. 28, lid 1 EEG (108)
Art. 52, § 3, eerste lid	Art. 30 EEG
Art. 56	Art. 28, leden 2, 3 en 4 EEG (108)
Art. 69-70-71	Art. 13ter en 5nonies EEG
Art. 76, § 1, eerste lid	Art. 27, lid 1, EEG
Art. 76, § 2	Art. 32 EEG
Art. 76, § 3, eerste lid	Art. 33, lid 2 EEG
Art. 76, § 3, tweede lid	Art. 33, lid 1, tweede alinea EEG
Art. 76, § 3, derde lid	Art. 27, lid 2, en 28, leden 5-6 EEG
Art. 89 tot 96	Art. 13bis, lid 4 EEG
Art. 138	Art. 1bis, 2) EEG
Art. 140, eerste en tweede lid, en 141	Art. 5, leden 1- 2 - 3 EEG

Art. 140, derde lid	Art. 5, lid 3, tweede alinea EEG
Art. 142	Art. 5ter, lid 3 EEG
Art. 143 tot 145	Art. 4, lid 3, eerste alinea, en art. 5bis, lid 3 EEG
Art. 146	Art. 5quater EEG
Art. 147	Art. 5bis, lid 1, a), inleidende zin EEG
Art. 148	Art. 5bis, lid 1 EEG
Art. 149	Art. 5bis, lid 1, a), inleidende zin EEG
Art. 150	Art. 5ter, lid 1 EEG
Art. 151 en 152	Art. 5bis, lid 1, b) EEG
Art. 153, § 1, eerste tot vierde lid	Art. 5septies, lid 1, a) EEG
Art. 153, § 1, vijfde en zesde lid	Art. 21, lid 1 EEG
Art. 153, § 2	Art. 5septies, lid 1, b) EEG
Art. 153, § 3, eerste lid	Art. 5bis, lid 2, eerste alinea EEG
Art. 153, § 3, tweede lid	Art. 5bis, lid 2, tweede alinea EEG
Art. 154	Art. 5octies EEG
Art. 156	Art. 5bis, lid 1, d) EEG
Art. 157	Art. 5septies, lid 2, tweede streepje EEG
Art. 158, eerste lid	Art. 5quinquies, lid 1, EEG
Art. 158, tweede lid	Art. 5bis, a) EEG
Art. 159 en 160	Art. 5sexies EEG
Art. 161	Art. 5bis, lid 1, inleidende zin EEG
Art. 163	Art. 5bis, lid 1, inleidende zin EEG
Art. 164	Art. 5bis, lid 1, inleidende zin EEG
Art. 165	Art. 5bis, lid 1, inleidende zin EEG

Art. 166	Art. 5bis, lid 1, inleidende zin EEG
Art. 167	Art. 5bis, lid 1, inleidende zin EEG
Art. 168	Art. 5septies, lid 1, b) EEG
Art. 169, eerste lid	Art. 5nonies en 5, lid 4 EEG
Art. 170	Art. 5septies, lid 2, eerste streepje EEG
Art. 171	Art. 5septies, lid 1, eerste alinea EEG
Art. 172 en 173	Art. 5nonies en 5, lid 4 EEG
Art. 174	Art. 5septies, lid 1, eerste alinea EEG
Art. 175 tot 178	Art. 6bis, leden 1 tot 3 en art. 5 EEG
Art. 180 tot 183	Art. 6ter EEG
Art. 184	Art. 5, lid 4 EEG
Art. 185	Art. 5septies, lid 1, eerste alinea EEG
Art. 186	Art. 49, leden 1 en 2, en art. 5quinquies, lid 2 EEG
Art. 187	Art. 5septies, lid 1, eerste alinea EEG
Art. 188	Art. 52ter EEG
Art. 189	Art. 5septies, lid 1, eerste alinea EEG
Art. 190 tot 195	Art. 5septies, lid 1, eerste alinea en art. 50bis EEG
Art. 196 tot 202	Art. 5bis, lid 5 EEG
Art. 203	Art. 6bis, leden 4-7 en art. 6ter, leden 3-5 EEG
Art. 220 tot 224	Art. 5septies, lid 2, tweede streepje EEG
Art. 232	Art. 2, lid 1, richtlijn 2001/107/EG
Art. 233	Art. 2, lid 3, richtlijn 2001/107/EG
Art. 235	Art. 2, lid 2, richtlijn 2001/108/EG